

Title	子の監護をめぐる国際紛争の統一的処理： 子の監護に関する審判事件の国際裁判管轄の規律のあり方
Sub Title	Uniform resolution of international child custody disputes : ideal regulation concerning international jurisdiction in child custody cases
Author	村上, 正子(Murakami, Masako)
Publisher	慶應義塾大学大学院法務研究科
Publication year	2014
Jtitle	慶應法学 (Keio law journal). No.28 (2014. 2) ,p.353- 380
JaLC DOI	
Abstract	
Notes	春日偉知郎教授退職記念号#論説
Genre	Departmental Bulletin Paper
URL	https://koara.lib.keio.ac.jp/xoonips/modules/xoonips/detail.php?koara_id=AA1203413X-20140228-0353

慶應義塾大学学術情報リポジトリ(KOARA)に掲載されているコンテンツの著作権は、それぞれの著作者、学会または出版社/発行者に帰属し、その権利は著作権法によって保護されています。引用にあたっては、著作権法を遵守してご利用ください。

The copyrights of content available on the KeiO Associated Repository of Academic resources (KOARA) belong to the respective authors, academic societies, or publishers/issuers, and these rights are protected by the Japanese Copyright Act. When quoting the content, please follow the Japanese copyright act.

子の監護をめぐる国際紛争の統一的処理

——子の監護に関する審判事件の国際裁判管轄の規律のあり方——

村 上 正 子

- 1 問題の所在
- 2 従来の手続の問題点
- 3 米国における子の監護紛争の統一的処理の試み
- 4 子の監護事件に関する国際裁判管轄の規律のあり方
- 5 結びにかえて

1 問題の所在

近年国際結婚・離婚の増加に伴い、子の監護をめぐる国際紛争も複雑化・深刻化している中で、日本は国際的な要請、国内的関心の高まりを受けて、「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約¹⁾」(以下、ハーグ子奪取条約という)への加盟を決め、当該条約の実施を国内で担保するための法律である「国際的な子の奪取の民事上の側面に関する条約の実施に関する法律」(以下、実施法という)の法文化作業に着手し、2013年5月にハーグ子奪取条約の締結が国会で承認され、同年6月には実施法案も国会で成立した²⁾。政府は2014年前半にはハーグ子奪取条約に加盟し、実施法施行を予定しているところであり、これによって日本における子の監護をめぐる国際紛争の処理も大きな方向転換を迫られているといえよう。

他方で、日本人との国際結婚の件数の多い中国やフィリピンをはじめとする

アジア諸国の多くは、いまだに当該条約には加盟をしておらず、今後も条約の枠外での解決が求められる³⁾。さらに、日本がハーグ子奪取条約に加盟したとしても、それに基づく子の返還請求は、子の引渡請求手段に新たな選択肢を加えるものであって、これまで行われてきた、子の監護処分に関する審判請求や、外国裁判の承認・執行、人身保護手続など既存の手続のあり方は変わらず、ハーグ条約による返還請求とこれらの手続とは併存するものと考えられている⁴⁾。

このことから、日本における子の監護をめぐる国際紛争の解決は、ハーグ子奪取条約に基づく手続による解決と、従来の手続による解決とが混在する形となっていく。この場合、日本がハーグ子奪取条約に加盟することで、子の監護をめぐる国際紛争の解決はどのように変わるのか、また既存の手続にどう影響するのか、ハーグ子奪取条約と足並みをそろえた制度や実務のあり方を検討することが重要になってくると思われる。

今日、1989年の国連条約である児童の権利条約をはじめとして、子どもの法的地位に関する条約においては、「子どもの最善の利益（the best interest of the

1) Convention of 25 October 1980 on the Civil Aspects of International Child Abduction. (http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=24)

日本語訳については、<http://www.moj.go.jp/content/000076987.pdf>を参照。

また、ハーグ子奪取条約に関する文献は多数あるが、さしあたり、織田有紀子『『子の奪取に関するハーグ条約』の実際の適用と日本による批准可能性』国際95巻2号（1996年）171頁、横山潤「国際的な子の奪取に関するハーグ条約」法研34号（2000年）3頁、同「国際的な子の奪取の民事面に関する条約について」曹時63巻3号（2011年）529頁、大国和江・大谷美紀子他「〈特集〉ハーグ条約と日本の子の監護に関する実務」自由と正義61巻11号（2010年）39頁、早川眞一郎「ハーグ子の奪取条約の現状と展望」国際問題607号（2011年）17頁他を参照。

2) 実施法案については、http://www.shugiin.go.jp/itdb_gian.nsf/html/gian/honbun/houan/g18305029.htmを参照。

3) 日本人の相手方国別の国際離婚の件数及び割合については、2012年度厚生労働省人口動態調査を参照（<http://www.mhlw.go.jp/toukei/list/81-1.html>）。

4) 織田有紀子「子の奪取」桜田嘉章・道垣内正人編『国際私法判例百選〔第2版〕（別ジュリ201号）』（2012年）153頁。

child)」が最も重要視されていることに争いはない。その点についてはハーグ子奪取条約も同様であり、その前文において、「監護に関する事項においては子の利益が最も重要」であると謳われている。しかしそれと同時に、ハーグ子奪取条約はその本文では、子の利益という言葉を用いることを意識的に避けている。それは、国境を越えた子の連れ去り事件では、「子の利益」が、連れ去り親の行為を正当化する根拠、またはそれによって作られた既成事実を連れ去り先の国の裁判所が尊重し、連れ去り親に監護権を認める根拠としても使われてきたからである⁵⁾。そもそも「子の利益」とは、客観的かつ一律に定義づけられるものではなく、事案ごとに、また主観的にも変わりうるものである。そこでハーグ子奪取条約は、この抽象的な「子の最善の利益」という概念を客観化して、慣れ親しんだ生育環境から、自己の意思によらずに見知らぬ言語的・文化的環境に移動させられないことであるとしたのである⁶⁾。すなわち、子の意思に反した移動をさせないことをもって子の利益としている。このことはハーグ子奪取条約が適用される事案に限らず妥当するべきではないか。ハーグ子奪取条約の基礎にある、子の不法な連れ去り・留置を予防するという考え方は、子の監護をめぐる国際紛争の処理全般に共通する理念であるべきではないか⁷⁾。

本稿は、このような問題意識を前提として、子の監護をめぐる国際紛争の統一的処理の可能性について考察を加えることを目的としている。そもそも子の監護をめぐる国際紛争は、国際的な子の奪い合いと引渡紛争も含めると、様々な形で裁判所に持ち込まれてくる⁸⁾。外国で婚姻生活を送っていた両親のうち一方が、子を連れて日本に帰国したというケースを例にとってみると、外国に残された両親の一方が日本に連れ去られた子の返還を求める場合と、日本に子

5) Elisa Perez-Vera, Explanatory Report on the 1980 Hague Child Abduction Convention (1982), para22 at p19. <http://www.hcch.net/upload/expl28.pdf>.

大森啓子「ハーグ条約の理念と実務及び子の監護に関する日本の実務」自正61巻11号(2010年)47頁、52頁。

6) Id., para 24 at pp19-20. 早川・前掲論文(注1)18頁。

を連れ帰った方の親が日本の裁判所に親権者の指定・変更を申し立てる場合とが考えられる。前者には、人身保護請求を提起する場合と、連れ去りがあった外国の裁判所で子の返還を命じる裁判を得て、その裁判の執行判決を日本の裁判所に求めるか、あるいは外国の裁判所で自らを子の親権者・監護者と指定する裁判を得て、それに基づいて日本の裁判所に子の引渡しを求める場合等がある。後者には、離婚訴訟に付随させて親権者指定を申し立てる場合と、親権者の指定・変更の申立のみを行う場合等がある。これらの紛争類型をみると、人身保護請求による引渡しの可否⁹⁾、外国判決の執行判決請求による引渡しの可否¹⁰⁾についても様々な論点があるが¹¹⁾、本稿では、特に子を連れ帰った親が日本の裁判所に親権・監護権の指定・変更の申立てをする際に問題となる、子の監護に関する審判事件の国際裁判管轄の規律のあり方について検討する。なお、実務では日本の裁判所に離婚訴訟を提起し、それに付随させて親権者指

7) 「グローバル化が進行する世界において、子の監護、引き渡しをめぐる紛争処理は、我が国の足許だけをみているだけでは事の本質を見誤る」と世界的観点から問題を論じるべきことを指摘されるのは、河野俊行「子の養育・監護・引き渡し—子の奪取の民事面に関するハーグ条約と国際民事訴訟法・国際私法の統一的解釈論の試み」国際法学会編『日本と国際法の100年 第5巻個人と家族』（三省堂、2001年）177頁、178頁。そしてそのためには、ハーグ子奪取条約を全く無視したまま独自の解釈論を展開するのは時代に逆行しているとする（同・179頁）。「子の実力による奪い合いを防ぐことが、国際親子法の最大の眼目であるから、子の監護・引き渡しに関する現段階での国際的メカニズムとして子の奪取条約を尊重すべきである」（同・202頁）とし、同条約の趣旨を実現できるような解釈論・立法論を提唱されている。海老沢美広「外国判決執行の一断面：執行と変更のあいだ」とくに子の引き渡し判決の執行を中心に」朝日25号（2000年）1頁、19頁も、「国家単位の子の福祉から世界協調型の子の福祉へ」という思想を強調されている。

8) 渡辺惺之「父母間の国際的な子の引渡紛争 国際民事手続法の視点から」判タ1189号（2005年）65頁以下の分類を参照。

9) 例えば、最判昭和60年2月26日家月37巻6号25頁。最判平成5年10月19日民集47巻8号5099頁も参照。

10) 例えば、東京地判平成4年1月30日家月45巻9号65頁、判時1439号138頁や東京高判平成5年11月15日高民46巻3号98頁、家月46巻6号47頁、判タ835号132頁。これらは同一事件に関する地裁と高裁の判決である。

11) 詳細は渡辺・前掲論文（注8）73頁以下を参照。

定を申し立てるといふ事例も少なくない¹²⁾。このような場合に、離婚の国際裁判管轄が認められれば当然に親権者指定についても管轄が認められるといふことでよいのかどうかは大きな問題ではあるが、本稿では扱わないこととする¹³⁾。以下ではまず、従来の理論・裁判例を、ハーグ子奪取条約の理念である子の不法な連れ去りの防止という観点から概観する。次に、ハーグ子奪取条約に早くから加盟し、州際間の子の監護紛争に関する裁判管轄及び他州裁判所の裁判の承認・執行の統一法を有する米国の状況を概観する。そして最後に、ハーグ子奪取条約の理念を実現するために、子の監護をめぐる国際紛争はどのように処理されるべきかを、国際裁判管轄の規律のあり方を中心に検討する。

2 従来の手続の問題点

従来の裁判例ないし理論では、子の不法な連れ去り・留置を予防するといふ考え方はどこまで認識され、実現されていたのであろうか。ここでは、外国における婚姻生活が破綻し、子を連れて一方の親が日本へ帰国して、日本の裁判所に子の監護権の指定を申し立てて子の確保を実現しようとする場合と、外国に残された他方の親が、自国で監護権の決定及び子の引渡しの裁判を得たうえで、当該外国裁判の日本における承認・執行を求めるという手段で子の引渡しを実現しようとする場合を例にとってみよう。前者は子の監護をめぐる国際裁判管轄の問題、後者は外国裁判の承認・執行の問題である。

(1) 子の監護権をめぐる審判事件の国際裁判管轄

子の監護をめぐる審判事件の国際裁判管轄について、我が国に明文の規定は

12) 例えば、東京地判平成16年1月30日判時1854号51頁、名古屋地判平成11年11月24日判時1728号58頁など。

13) この点については、渡辺・前掲論文（注8）68頁以下、大谷美紀子「国境を越える子の監護問題の法的処理の現状と課題 日米間の事案を中心に」判タ1376号（2012年）4頁、7頁以下参照。

ないので、具体的なルールをどう考えるかが問題となる。現在の通説・判例は、子の住所地国に裁判管轄を認めるとする立場である。その実質的な理由としては、①親権者・監護権者指定については、子の福祉を重視すべきであり、その判断が適正になされるのは子の住所地である、②未成年者の保護の問題を公益に関するものとして、その居住未成年者の国籍に関わりなく、居住地国の公的機関がこれに介入するという現代の傾向を考えれば、このような公的機関による保護と私的な保護とは統一的に扱われる必要があることが挙げられている¹⁴⁾。そうすると、「住所」とは何かが問題になる。「住所」とは、民法22条によれば、「各人の生活の本拠」を指すが、国際裁判管轄における子の「住所」は、あくまでも国際民事訴訟法上の概念であり、子の生活状況を迅速・的確に把握して適正・迅速な処分を行い、子の福祉の実現を図る目的のために柔軟に解釈すべきであるとされている¹⁵⁾。ただし、我が国裁判所の管轄を安易に認めると、我が国と子の元の居住国がともに国際裁判管轄を肯定し、それぞれ別々に監護権者を指定する事態も発生しうることから、子の引渡しをめぐって複雑な事態を招来する危険性も指摘されている¹⁶⁾。特に子の奪取は、親権・監護権者の指定裁判の法廷地の移動という意味をもつ¹⁷⁾。このことからしばしば、国際的な子の奪取は、自己に有利な監護権者の指定を求める親によって、子の所在という管轄原因を作出する目的で行われ、それが結果としてフォーラムショッピングとみなされることもあることが指摘されている¹⁸⁾。ただその契機は、自己〈主として母親〉や子どもに対する暴力から逃れるため¹⁹⁾、あるいは外国裁判手続における不公平・不正に対する不信任²⁰⁾ など様々であ

14) 鳥居淳子「子の親権・監護権に関する裁判管轄権」ジュリ483号（1971年）159頁。

15) 桜田典子「涉外子の監護事件の国際裁判管轄権と準拠法」『新家族法実務体系第2巻』（新日本法規出版、2008年）678頁、683頁。

16) 河野・前掲論文（注7）184頁。

17) 渡辺・前掲論文（注8）72頁。

18) 同上。

19) 前掲（注12）東京地判平成16年1月30日。

20) 神戸家伊丹支審平成5年5月10日家月46巻6号72頁。大森・前掲論文（注5）51頁も参照。

り、一律排除するというのは乱暴ではあるが、子の監護権の指定・変更についての国際裁判管轄の規律のあり方を検討するにあたっては、このような意図的な法廷地移動（場合によっては不当な手段で作出された管轄原因）にどう対応すべきかも考慮しなければならない。

実際の裁判例をみても、住所の概念は相当柔軟にとらえられているといえる。例えば、外国で親権・監護権者の指定を含む手続が係属中に子を連れて日本に帰国し、日本の家庭裁判所に親権・監護権者の指定を申し立てたという事案において、未成年の子の監護者の指定についての裁判管轄は、子の住所地である日本にあるとし、準拠法を日本法としたうえで、米国裁判所の監護者決定の裁判があるにもかかわらず、子どもが妻のもとで養育監護され1年5カ月が経過していること、子どもが日本で生活することを望んでいること、米国裁判所の裁判が監護養育の実質ではなく米国裁判手続への不協力に対する制裁としてなされたものであり、生活環境を変えることが思春期にある子どもの心理的安定性を失わせるおそれ大きいことなどを認め、子の福祉の視点から申立人に監護養育を委ねるのを相当とした例もある²¹⁾。裁判所によっては、連れ去られた子の住所地が柔軟に判断され、日本の国際裁判管轄が認められることもあり、その結果子を連れ去った親に監護権が認められることもある。その場合には、日本に連れ帰りさえすれば管轄が認められ、最終的には監護権さえも認めてもらえるかもしれないという期待のもと、子の奪取を試みようとするインセンティブになる可能性は否定できないであろう。

他方で、子の不法な連れ去りの事案で、不当な手段で作出された子の住所を認めなかったのが、東京高決平成20年9月6日（家月61巻11号63頁）である。本件は、米国裁判所の離婚命令の中で、両親が子の共同親権者・監護権者となること、子は母親と米国内に居住することが定められていたにもかかわらず、旅行の名目で母親Xが子Aを連れて来日し、その5日後に住民登録をしたうえで、日を経ずして日本の裁判所に監護者及び養育場所の変更を申し立てた事案

21) 同上。

である。このような事案は、ハーグ子奪取条約の下での国境を越えた子の奪取の典型事例とされるものであり、ハーグ子奪取条約に加盟していればその対象となりうるものである。また、ハーグ子奪取条約が阻止しようとしているケースでもあり、非常に興味深い。

原審（東京家審平成20年8月7日）は、次のような理由で日本の国際裁判管轄を否定し、Xの申立てを却下した。すなわち、監護者の変更等申立事件の場合には、子の福祉の観点から、子の生活関係の密接な地で審判を行うのが相当であり、子の住所地又は常居所地の国に国際裁判管轄が認められるべきであり、AはXにより早々に住民登録を済ませ、このまま日本国内で生活を始めようとするXの意思が窺われるが、しかし、Aは出生以来今回の来日まで、一貫して米国内で生活してきたこと、Aの監護計画については十分な議論を尽くしたうえ裁判所が承認し命令したものであること、X及びAの日本での滞在はまさに一時帰国あるいは旅行と評価すべきものであり、Xが共同親権者である父親に無断でAを日本に留め置くことによりその権利の行使を妨げているのは、上記裁判所命令に違反する行為であることなどを考慮すると、Aが米国への帰国予定を2週間余り過ぎてなお日本国内に滞在しているからといって、直ちにAの生活関係の密接な地が日本国ということは適当でないし、Aの居所を形式的に捉えて、同人の住所地又は常居所地が日本になったと評価して、我が国に国際裁判管轄を認めることはできない。これに対してXが抗告したのが本件である。

東京高裁は、我が国の国際裁判管轄を認めることはできないとして、原審の理由に加えて以下の理由を付し、Xの抗告を棄却した。すなわち、「Xは、Aの居住場所をアメリカ合衆国内とする監護計画に合意し、その監護計画は同国の裁判所の命令で承認され、その命令の居住スケジュールの下において、Aを連れて一時帰国したものであり、Xが、帰国予定日を過ぎてもそのまま滞在を続け、Aの児童育成手当および児童手当の受給を開始し、Aの国民健康保険証や乳幼児医療証の発行を受け、Aを保育園に通園させているとしても、上記命令に反して一方的に作出した状態を理由として、Aの住所地又は常居所地が日本

にあると認めることはできないから、本件申立てについて日本国に国際裁判管轄を認めることはできない」。

この決定は、住所地ないし常居所地の認定にあたって、Xが外国裁判所の命令に反してAを不法に連れ去ったことを考慮している点に特徴があり、このように解することで子の不法な連れ去りを防止しようとする意図がかいまみえるともいえる。すなわち、このような決定は、住所が容易に認定されることになると、子を日本に連れて来さえすれば日本に管轄が認められ、結果子の不法な連れ去りを増加させることにつながりうるという事態に歯止めをかけていると評価できる。しかし他方で、「子の監護処分は、住所地の変更を含む子の監護状況の変化に対応して迅速にしなければならない」とすると、住所概念を厳格に解することはこの趣旨に反するともいえる」という指摘もある²²⁾。またこの決定に対しては、日本の国際裁判管轄を否定することは、一見ハーグ子奪取条約の目的にかなうようにもみえるが、子の監護について何ら処分をせずに放置することになり、結局は子の福祉の実現には寄与していないという批判もあり²³⁾、子の不法な連れ去りの防止を前提として国際裁判管轄のあり方を考えることに否定的な見解も有力といえるのである。

(2) 外国裁判の承認・執行

子を連れ去られた親がとりうる手段としては、自国（子の常居所地国）で監

22) 松原正明「渉外的な子の監護紛争の処理」岡垣學・野田愛子編『講座・実務家事審判法 (5)渉外事件関係』（日本評論社、1990年）226頁。

23) 織田有紀子「米国から日本へ連れ去られた子の『住所』」戸時660号（2011年）2頁、9頁。子の監護につき外国裁判が既にある場合には、日本での滞在期間の短さゆえにこの住所は日本に認められないとして一律に切り捨てるのではなく、むしろ子の住所を日本に認め、日本に管轄ありとした上で、実質審理の中で外国裁判の承認の可否を検討して結論を出すことも一つの方法である。奪取親を側面援助するためではなく、既に下されている外国裁判をできる限り尊重し、監護紛争の迅速な解決を図ろうとする趣旨に基づいているものである。この場合に、我が国の裁判所が住所地国を理由に国際裁判管轄を認め、監護者や養育場所の変更の可否について判断するならば、その判断は、YがAの引渡しを求めてきた場合に意味を持ち得、迅速な紛争解決に資することにもなるとする。

護権の決定及び子の引渡しの裁判を得たうえで、当該外国裁判の承認・執行のルートで、子の引渡しを求める方法が考えられる。子の監護権に関する外国裁判の承認執行の問題は本稿では扱わないこととしているが、子の監護をめぐる国際紛争を、子の不法な連れ去りの防止という観点から統一的に処理できるかという本稿の問題意識と関わる限りで、簡単にその問題点に触れておきたい。すなわち、現行制度の下では、子の引渡しを命じる外国裁判は金銭給付判決と同様に、それに基づいて日本で強制執行をする際には執行判決請求訴訟を提起する必要がある。そうすると、承認執行手続に時間がかかるため、その間に子が新しい環境に慣れてしまい、結果外国判決の執行が子の利益に反することを理由に、民訴法118条3号の承認要件（公序適合性）がないとされてしまうことがある。東京高判平成5年11月15日（高民46巻3号98頁）はまさにこのような事案であり、この判決を契機に、外国判決言い渡し後の事情変更を執行判決請求訴訟において考慮すべきかどうか、あるいは公序適合性の基準時をいつとすべきか等をめぐって様々な議論が展開されている²⁴⁾。ここでは詳細には立ち入らないが、子の引渡しを命じた外国判決の執行を認めなかった判決の結論をみる限り、子の利益を尊重した結論自体に異論はないとしても、結局は連れ去った者勝ちになるのではないか、このような解決では子の不法な連れ去りを防止することにはならないのではないかという疑問は残る。

以上簡単ではあるが、従来の我が国の裁判例ないし理論とその問題点を概観した。その結果、子の不法な連れ去りの防止は、子の監護をめぐる国際紛争の法的処理の理念として必ずしも浸透していないということがわかった²⁵⁾。そ

24) 判例評釈として、早川眞一郎「判批」リマークス10号（1995年）172頁、西野喜一「判批」平6主判解（判タ882号）（1995年）254頁、横溝大「判批」ジュリ1105号（1997年）153頁、渡辺惺之「判批」平5重判解（ジュリ1046号）（1994年）296頁、山田恒久「判批」『涉外判例百選〔第3版〕（別ジュリ133号）』（1995年）230頁、釜谷真史「判批」『国際私法判例百選〔第2版〕（別ジュリ210号）』（2012年）222頁他。海老沢美広「外国判決執行の一断面」朝日25号（2000年）1頁、渡辺・前掲論文（注8）75頁も参照。

25) もちろん、日本がハーグ子奪取条約に加盟することで、今後その状況が変わることは大いにありうる。

もそも子の不法な連れ去りの防止を、子の監護をめぐる紛争の法的処理の理念としてとらえることが妥当なのか、妥当であるとして、国際裁判管轄の規律はどのようにあるべきなのか、以下ではその問いを考える際に参考となる米国の状況を概観してみよう。

3 米国における子の監護紛争の統一的処理の試み

(1) 米国における子の連れ去り防止の実現枠組み²⁶⁾

米国ではかつて、子が現実に存在する州が子の監護に関する管轄権を行使できるとする規則の下で、自己に有利な監護権決定を得ることを目的とする州外への子の連れ去り問題が生じていた。その後、子の監護問題に関して有利な判断を得ることを目的としてフォーラムショッピングをするために、親が子を州外に連れ出し、子の福祉に有害な影響を与える事態を防止し、子の連れ去りを抑止すること（これらはハーグ子奪取条約の目的と同じ）を目的として、統一州法委員会全米会議（National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, NCCUSL）が1968年に、子の監護の管轄に関する統一法（Uniform Child Custody Jurisdiction Act, 以下、UCCJAとする）を採択した。この統一法は1981年までには全米の州で採択されるに至った。その間に、議会は1980年には親による子の誘拐の防止法（Parental Kidnaping Prevention Act, 以下、PKPAとする）を、さらに1988年にはハーグ条約の国内実施法にあたる、国際的な子の奪取救済法（International Child Abduction Remedies Act, ICARA）をそれぞれ制定した。これらの法はその目的を同じくしながら、規定が統一されていなかったことから、たびたびその適用にあたって抵触することもあった。その後1997年に、子の監護に関する管轄権の競合と監護命令の抵触を出来るだけ避けるために、

26) 以下の記述は、Patricia M. Hoff, The Uniform Child-Custody Jurisdiction and Enforcement Act, *Juvenile Justice Bulletin*, December 2001によるところが大きい。また、米国における州際間の子の監護問題に関する規律については、大谷・前掲論文（注13）17頁以下も参照。

UCCJAが改正され、子の監護の管轄及び執行に関する統一法（Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act, 以下、UCCJEAとする）が採択された。同法は全米50州及びコロンビア特別地区で採択され、同法の下では外国は州と同様に扱われることから、米国と外国との間で発生する国境を越えた子の監護問題については、米国全土において同法の規則が適用されている。その後米国は2010年に、「親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する1996年ハーグ条約（Convention of 19 October 1996 on Jurisdiction, Applicable Law, Recognition, Enforcement and Co-operation in respect of Parental Responsibility and Measures for the Protection of Children）²⁷⁾」（以下、ハーグ子の保護条約とする）に署名し、現在その批准に向けて準備中である。この条約は、子の監護権の問題を含む子の保護に関する管轄や承認・執行、国際協力に関して規定する包括的な国際条約である²⁸⁾。この条約は、1961年の「未成年者の保護に関する官庁の管轄権及び準拠法に関する条約」の改正を目的の一つとし、子の常居所地国管轄優先の原則を明確にし、まず、子の常居所のある締約国の司法又は行政機関が子の保護措置を執る管轄権を有するとする（5条1項）。そして子の常居所が変更した場合は、変更後の新常居所地国の期間が管轄権を有する（同2項）。そして、子の常居所地国以外の国の機関が管轄権を行使できるのは、①子の違法な連れ去り又は留置の場合（7条）、②子の常居所地国機関が他国の機関の管轄権を許容した場合（8条、9条）、③両親の離婚管轄国機関が子の保護措置を執る場合（10条）、④緊急を要する場合（11条）、⑤子の現在地又は財産の所在地国が属地効に限定された保護措置を執る場合（12条）に限られる。

このうち、①については、子の常居所が変更した場合でも、子の移動が監護

27) http://www.hcch.net/index_en.php?act=conventions.text&cid=70 発効は2002年。この条約の解説及び邦訳については、小出邦夫「ハーグ国際私法会議第18会期の概要—親責任及び子の保護措置に関する管轄権、準拠法、承認、執行及び協力に関する条約を中心として—」民月52巻6号（1997年）73頁以下を参照。

28) ちなみにハーグ子奪取条約は、子の返還及び国境を越えた面会交流のための協力を求めることを目的としているが、管轄や判決の承認・執行等については一切規定していない。

権を有する者の権利を侵害する方法で行われた場合等、この条約7条2項により違法と評価される場合には、a)監護権を有する者等が連れ去り又は留置を黙認していたか（7条1項a）、b)連れ去られ、又は留置された国で子が1年以上居住し、当該期間内に子の返還請求が提起されず、かつ、子が新しい環境に馴染むまで（同b）、連れ去り又は留置の直前の子の常居所地国の機関に管轄権が残るとする。この規定は、ハーグ子奪取条約との整合性を図った規定である。そして米国では、本条約の規定に沿うようにUCCJEAの改正作業が現在進められているところである（後述(3)参照）。このように米国では、州ないし国境を越える子の監護問題の法的処理に関して、複数の法が存在し、それらは一丸となって一つの目的、すなわち子の奪取の防止のために統一的な枠組みを設けることを目指しているといえる。

(2) 裁判管轄についての規定

それでは、子の監護問題を規律する統一法及び連邦法における具体的な裁判管轄の規定をみてみよう。

1) UCCJA

UCCJAの下では、以下の4つの管轄原因が併存して認められていた。すなわち、①ホームステイト（子が手続の開始の前少なくとも6カ月居住していたことを条件とする）、②重大な関連性（子がその州に重大な関連性を有している結果、子についての重要な証拠が当該州にある場合）、③緊急の場合（即時の保護的な行為を必要とする、遺棄や虐待などがある場合）、④補充的な場合（上記いずれの管轄原因も認められない場合）である。緊急の場合を除いて、UCCJAは管轄原因として、子の現実の所在を認めていなかったが、同時にホームステイトルールを広く認めたことにより、子を連れ去られた親は、連れ去られた後も子のホームステイトで監護権指定の申立てをすることができることとなっていた。

このように、UCCJAの制定により、州際間の子の監護事件をめぐる状況はかなり改善されたとはいえ、まだ残された問題はあった。すなわち、(i)この規律では、2つ以上の州の管轄が競合する可能性が排除されないこと、(ii)手続が

同時に係属することを禁止する規律が効果的ではなく、異なる州が管轄権を行使し矛盾する監護命令を出すことを阻止できないこと、(iii)立法担当者が意図した緊急管轄の限定的解釈に反して、この管轄原因が気軽に利用されたこと、(iv)管轄の競合の問題が監護命令の変更の事件においても続いたこと、(v)姉妹州の監護命令を執行し、変更しないよう義務付けた規律にもかかわらず、そのための執行手続を規定しなかったため、当事者は自力で地元の手続を探し、その手続が州によって著しく異なっていたため、執行の遅延を招き、費用が余計にかり、また結果を予測困難にさせたこと、(vi)UCCJAを採択した各州法の規定が統一されていなかったこと、等である。

2) PKPA

これらの問題を処理し、州際間の子の監護事件をめぐる実務により統一感をもたせるために、議会は1980年にPKPAを制定した。この法律は州に以下のことを要求している。すなわち、①本法に従ってなされた姉妹州の監護権及び面会交流に関する判断を執行し、かつ変更しないこと。ただし、その命令を下した州がもはや管轄権を有していない、あるいは管轄権の行使を拒絶した場合はこの限りでない、②監護命令を下した州が本法に基づいて管轄権を有し、かつ子もしくは両親のレジデンスがある限りは、当該州の排他的、継続的管轄権に従うこと、③本法に則してある事件について他州が管轄権を行使している間は管轄権の行使を控えること等である。

本法の基準に従って管轄権を行使した州の裁判所には、その監護及び面会交流に関する命令について、姉妹州における十分な信頼と信用を与えられるものであり、当該裁判所は一定の要件の下で、その命令を変更する排他的かつ継続的な管轄権も有する。

本法の管轄の規定は、UCCJAのそれに類似しているが、以下の点で大きな違いがある。第1に、本法は最初の監護事件においてホームステートの管轄権を優先しているという点である。これは、最初の監護事件の管轄権を一つの州に制限することで、当該子がホームステートを有している場合には、重要な関

連性を有する州が当該事件について管轄権を行使することを防ぐことを目的としている。第2に、最初の命令を下した州の排他的、継続的管轄権を認め、当該命令を変更するための管轄権を保護している点である。この排他的、継続的管轄権は、当該州が州法の下で管轄権を有し、かつ少なくとも親のどちらかもしくは子がそこに居住している限りは、子の新たなホームステイトにも優先するものである。

3) UCCJEA

UCCJEAは、全米の裁判所において解釈が衝突していたUCCJAの規定を明確にし、州際間の抵触を効率的に縮減する実務を法典化し、PKPAの管轄基準と一致させ、さらに命令の州際間の執行可能性を確保することを目的としている。

本法は、最初の子の監護に関する手続において、ホームステイトの管轄権を優先している（セクション201）。これは、上述のPKPAに沿うものであり、ホームステイトと重要な関連性を基礎とした管轄権を並列的に扱っていたUCCJAの立場を否定するものである。子がホームステイトを有していないか、あるいはホームステイトが管轄権の行使を拒否した場合にのみ、他の裁判所は重要な関連性があることを基礎として、管轄権を行使することができる。UCCJAからの改正は、子の監護事件についての管轄権を有する州が複数存在する可能性を著しく減少させることを意図するものであり、それにより、異なる州の裁判所によって発せられる監護命令が抵触する可能性もまた減少することになる。さらに本法の下では、ホームステイトルールが拡張され、子がそれまでのホームステイトを去った（連れ去られた）後でも、6カ月以内であれば、連れ去られた親は自己の住所地（ホームステイト）で監護権に関する手続を開始することが出来ることになる（これに対して、6カ月を過ぎても手続が開始されない場合には、子が移動した先の州がそのホームステイトとなる）。

ホームステイトがない（例えば、両親が子を連れて頻繁に州を越えて引っ越しを繰り返している場合）か、あるいはホームステイトが管轄権の行使を拒んだ場

合には、子が重要な関連性を有している州に管轄権が認められる（セクション201(a)(2)）。この基準によると、複数の州に管轄権が認められる可能性もあるが、管轄権を行使できるのは、そのうちの1つであり、手続が競合する州の間で調整をするか、調整がつかない場合は最初に申立てがなされた州の管轄権が優先される。

ホームステイトに基づく管轄権を有する州も、重要な関連性に基づく管轄権を有する州も、そのいずれもが、自州が不便宜な法廷地である、もしくは不当な行為によって得られたという理由で別のより適切な法廷地を優先し、管轄権の行使を拒否した場合には、より適切な法廷地とされた州が管轄権を有する（セクション201(a)(3)）²⁹⁾。

上記3つの管轄原因がいずれの州にも認められない場合には、それに代わる州がその空白（vacuum）を埋め、管轄権を行使することが認められる（セクション201(a)(4)）。この規定が適用されるのは、子がホームレスの場合や出稼ぎ労働者や軍関係者の子、子が親戚の間をたらいまわしにされているような場合である。

本法の下では、子が遺棄された場合や、子もしくはその兄弟姉妹あるいは子の親が虐待にあっている、あるいはその危険があるという場合には、仮の緊急的な管轄権が認められる（セクション204(a)）。「緊急（emergency）」の定義は、ネグレクトの場合も含まれていたUCCJAに比較すると狭められたが、他方で、子の親や兄弟姉妹が危険にさらされている場合も含めることで拡張されている。この緊急管轄権は、手続が他州で既に開始されている場合にも行使できし、それに基づいて仮の命令を下すこともできる。緊急性を解決し、当事者及び子の安全を確保し、仮の命令がどのくらいの期間有効とされるべきかを判断するために、迅速な裁判所間のコミュニケーションが義務付けられている。本

29) 例えば、両親が別居して子は父親とニューヨーク州に住み、そこで学校に通い、母親の住むコロラド州で月1回の週末を過ごしていたが、父親が祖父母の住むメリーランド州で新たな生活を始めようとしている場合を想定すると、ホームステイトであるニューヨーク州、及び重要な関連性を有するコロラド州のいずれの州よりも、もうすぐ子のホームステイトとなるメリーランド州の方がより適切な法廷地であると判断され、両州が管轄権の行使を拒否することもありうる。

規定に基づく仮の緊急命令が下される前に、他の命令が出されておらず、またいずれの州でも手続が開始されていない場合には、当該仮の緊急命令が、それを発した州が子のホームステイトであることを前提として、最終的な判断となる。既に別の命令があるか、手続が既に開始されている場合には、緊急の救済を求めた者が他の裁判所から監護命令を得るための適切な期間を、緊急命令の中で特定しなければならない。

最初の監護命令を変更することができるのは、いずれの裁判所か。本法はこれについて、PKPAに類似した、排他的かつ継続的な管轄権のルールを採用した。すなわち、本法に従って管轄権を行使して最初の命令を下した裁判所は、その命令を変更するための排他的かつ継続的な管轄権を有する（セクション202）。ただし、①当該裁判所が重要な関連性に基づく管轄権を失った場合、もしくは②子、子の両親が当該州にもはや居住していない場合には、この限りではない。重要な関連性を有しているかどうかを判断できるのは、当該命令を下した州のみであるが、本セクションで規定されている者が全て当該州を去ったかどうかは、他の州でも判断できる。子の新たなホームステイト州が最初の命令を変更できるのは、最初の命令を下した州が排他的継続的な管轄権を失ったか、不便宜な法廷地を理由に管轄権の行使を拒絶した場合で、かつ子の新たなホームステイト州が本法の下で管轄権を有している場合に限られる（セクション203）。UCCJAの下での実務では、子の新旧のホームステイトがどちらも変更する管轄権を主張できたことから、抵触する監護命令が出され、いずれの命令が優先するかについてしばしば混乱が生じていたが、本法の規定はこのような混乱を回避することを目的としている。

また、UCCJEAでは、不当な行為によって管轄を作出した場合には、原則として管轄を認めてはならないという規定を個別に設けている（セクション208）。この場合に例外的に管轄が認められるのは、親がそのように不当な手段で作出された管轄の行使を黙認した場合か、本法に基づいて管轄を有するはずの州の裁判所が、この州の方がより適切な法廷地であると判断した場合か、本法の基準によればいずれの州にも管轄がない場合に限られる。

(3) UCCJEAの改正作業 常居所地の定義づけをすることがあるか？

このようにUCCJEA及びPKPAは、子のホームステイトを最優先し、かつ最初に監護権について判断した州が継続的かつ排他的管轄を有するとしている。これに対してハーグ子奪取条約及びハーグ子の保護条約では、常居所地（habitual residence）に管轄を認めている。既にみてきたように、前者についてはかなり詳細な定義づけがされているが、後者については、いずれの条約でもその定義づけはされていない。今回、1996年のハーグ子の保護条約を国内法であるUCCJEAに組み入れるにあたり、常居所地の定義づけを行うかどうかについては議論があった³⁰⁾。

その際にとりうる手段としては以下の3つが挙げられおり、それぞれに問題点も指摘されている。第1の手段は、条約にならって定義づけを行わないというものである。この場合、常居所地の解釈は、ハーグ子奪取条約の下での判例法に依拠することになる。その判例法は、子の意図に重点を置くか³¹⁾、親の意図に重点を置くか³²⁾、その両方を考慮するか³³⁾ という3つの異なるアプローチがあり、控訴審レベルでも一致した見解は示されていない³⁴⁾。判例法における常居所地の解釈が定まっていなかったにもかかわらず、何ら定義をしなければ、深刻な不統一が生まれ、そのことは、特定の子の監護事件については1つの裁判所だけが適切な管轄を有するべきであるという、UCCJEAの主要な目的の一つを損なうことにもなりかねないとされている。第2の手段は、現在

30) Robert G. Spector, Memorandum Accommodating the UCCJEA and the 1996 Hague Convention, at pp.13-16. http://www.uniformlaws.org/shared/docs/hague_convention_on_protection_of_children/hpoca_introductory%20memo_mar11.pdf.

31) Feder v. Evans-Feder, 63 F. 3d 217 (3rd Cir. 1995); Robert v. Tesson, 507 F. 3d 981 (6th Cir. 2007).

32) Mozes v. Mozes, 239 F. 3d 1067 (9th Cir. 2001).

33) Gitter v. Gitter, 396 F. 3d 124 (2nd Cir. 2005).

34) See Jeremy D. Morle, *The Hague Abduction Convention* (2012), at pp. 59-71、日本弁護士連合会「国際的な子の奪取に関するハーグ条約関係裁判例についての委託調査報告書」（2011年）<http://www.moj.go.jp/content/000079911.pdf>も参照。

使われている定義の1つを選択するというものである。上述の子の意図に重点を置くアプローチが、ハーグ条約締約国によって最も使われているアプローチに近いとされている。第3の手段は、ホームステイトと同じ定義にするというものである。この手段のメリットとしては、現在の州際間における管轄を決定するスキームとの統一がとれ、国内裁判所や弁護士にとっては親しみがあることから、現行実務をそのまま継続することができることが挙げられる。他方で、常居所地をこのように特定することは、合衆国と他の締約国との間で監護の判断が抵触する危険性をはらむと指摘されている。

そうすると、いずれのアプローチをとっても何らかの問題は残るのであり、何ら定義しないか、あるいは定住の意図を基準とするアプローチを採用するか、いずれかの手段が痛手はより少ないといえそうであるが、統一的な解釈が示されていないことで、フォーラムショッピングを誘発するおそれがあることが懸念されていた。そして最終的な改正案では、常居所地の定義ではなく、常居所地を判断する際に考慮すべき要素を列挙する形で落ち着いた³⁵⁾。ハーグ子の保護条約の下での手続に関する規定は、UCCJEAのArticle 4に新たに設けられている。そのセクション410において、子の常居所地を認定するにあたって考慮すべき要素が列挙されている。すなわち、①子が合衆国内にホームステイトを有しているかどうか、②社会的活動、教育、家族関係、友人関係、言語などを含む子の特定の国とのつながりの程度、③子の年齢と成熟度、④当該国における子の所在は期間限定か否か、⑤子が当該国に所在する背景、⑥子の常居所地を決定する際の、親の責任を有する各人の意図である。これは定義づけではなく、むしろ裁判所が常居所地を判断する際のガイドラインを示すものとされている。なお、常居所地を決定する際に対立のあった3つのアプ

35) National Conference of Commissioners on Uniform State Laws, Draft for Approval Uniform Child Custody Jurisdiction and Enforcement Act (with 2013 Amendments pertaining to international proceedings) with prefatory note and comments (2013), at p. 45. http://www.uniformlaws.org/shared/docs/Hague_Convention_on_Protection_of_Children/2013AM_UCCJEA_Draft.pdf.

ローチの中で、本改正案は子の意図に重きを置くアプローチを採用し、親の意図は考慮要素の最後に挙げられている。どのような場合に親の意図が重要視されるかについては特に規定はないが、子の年齢が低い場合にはやはり親の意図は非常に重視されることになる。ただし、ハーグ子奪取条約とハーグ子の保護条約とは、同じ常居所地という文言を使っている、その意味は異なることから、ハーグ子奪取条約事案の先例がそのままハーグ子の保護条約事案にあてはまるわけではない点には注意すべきである。

（４）ハーグ子奪取条約に基づく返還手続とUCCJEAの手続との関係

ハーグ子奪取条約とUCCJEAは、子の奪取の防止という基本的な理念は共通しているものの、それを実現するための手段は異なる。前者は子の迅速な返還を実現することでその理念を実現しようとし、後者は子の監護権の判断についての管轄を１つに絞り、手続の競合を避けるとともに、他州（他国）の監護命令を速やかに執行することでその理念を実現しようとしている。従って子を連れ去られた親は状況に応じて、ハーグ子奪取条約に基づく返還請求か、UCCJEAの下で子の監護権の所在を決定する手続か、いずれかを選択することになる³⁶⁾。ハーグ子奪取条約に基づく手続では、常居所地の認定や返還拒否事由の審査に時間と労力がかかるが、UCCJEAの手続は馴染みのある地元の裁判所を利用できるし、安価にすむことも多い。他方で、UCCJEAの管轄規定によれば、子の監護に関する事件について国際裁判管轄を有しているとされる外国の裁判所が、当該国のルールによれば管轄を有していないとされる場合には、合衆国内で承認執行できる外国の監護命令が存在しないことになる。また、仮にそれが存在していたとしても、承認要件を満たしていなければ合衆国では登録できない。さらに子の常居所地国の裁判所の手続が遅い場合もある。このような場合には、ハーグ子奪取条約に基づく手続の方が、迅速であり、かつ子の最善の利益を考慮する本案の問題は持ち込まれないから、懸命な

36) See supra at 34, at pp.14-17.

手段であるといえる。

このように、両手続は対等なものとして併存していることから、それらが競合し矛盾する事態も起こりうる。In re T. L. B., 2012 WL 150204 (Colo. App., 2012) では、子連れ去った母親はハーグ子奪取条約に基づく父親の子の返還請求を防ぐのに成功したが、父親は、子どもをカナダに返還することを命ずる UCCJEA に基づく監護命令を執行することに成功した。子連れ去られた父親は、婚外子である子どもらのカナダへの返還を求めてコロラド州裁判所にハーグ子奪取条約に基づく返還請求を行った。母親は別のコロラド州裁判所に、UCCJEA に基づき、両親の責任の分配を求めて訴えを提起した。ハーグ子奪取条約に基づく返還請求は、母親が、子どもを返還したら性的虐待を受ける甚大なおそれがあるという返還拒否事由を立証したことで、棄却された。他方で UCCJEA 手続の裁判所は、カナダがホームステイトであるとしながら、カナダの裁判所が行動を起こすまでは、暫定的な緊急管轄に基づいて、コロラド州にとどまることを命じた。母親は控訴し、控訴審の係属中に、カナダの裁判所が単独監護権と監督権を父親に与える旨の命令を下した。カナダの裁判所は、父親の虐待があったという母親の主張を認めず、子どもが父親と再会する前に短期間のセラピーを受けることを命じた。母親は、ハーグ子奪取条約に基づく返還請求での勝訴は、争点排除効ないしは既判力の概念のもと、UCCJEA に基づく手続における矛盾した結論に対する抗弁となるべきであると主張したが、裁判所は、ハーグ子奪取条約に基づく返還請求における争点は、UCCJEA に基づく手続のそれとは完全に異なるものであると判断した。両親の責任ないしは監護権を判断する事物管轄は、ハーグ子奪取条約に基づく手続では決定されず、そこでの判断は子の返還のみに係るものであり、請求や争点に共通性はないとされたのである。

なお、ハーグ子奪取条約では、子を奪取した親が、奪取先の国で自身に監護権を認める裁判を得たとしても、それだけで自動的に子の返還が許否されることにはならない旨が規定されている（17条）。これは、とりわけ裁判所が違法な連れ去り又は留置に気付く前に子連れ去った者に有利になされた命令より

も、条約が優先することを確実にすることを意図している。

4 子の監護事件に関する国際裁判管轄の規律のあり方

子の監護事件に関する国際裁判管轄の規律のあり方を具体的に検討する前に確認しておくが、子の監護の国際裁判管轄については、子の福祉の観点から子の住所地を基準とすること自体には異論はないと思われる。もちろん、ハーグ子奪取条約の文言に併せて常居所地を基準とするという考え方もありうるが、我が国の判例・学説においては、常居所地と住所地という用語に大きな違いはないとされ、両者を区別せずに併記して管轄原因とする例もみられることから³⁷⁾、どちらの用語を用いるにせよ、問題はその認定の際の判断基準であると考えられる。

本稿では、子の監護事件に関する国際裁判管轄の規律のあり方を検討するにあたり、以下の2点を検討のポイントとする。第1に、国際裁判管轄の有無を判断する際に、子の不法な連れ去りの防止という目的をどこまで考慮するべきか、という点である。具体的には、国際裁判管轄の規律に際して、子の不法な連れ去りの防止という目的を掲げ、その目的を達成できるような、換言すれば子の不法な連れ去りを断念させるような明文の規定を設けるべきかどうか、あるいは設けないにしても、子の住所地の認定にあたって実際に子が不法に連れ去られたことを考慮し、管轄権の行使に何らかの制限を加えるべきかどうか、である³⁸⁾。第2のポイントは、住所地の定義を詳細に規定するべきかどうか、である。

37) 例えば、東京高決平成20年9月16日家月61巻11号63頁。また道垣内正人「判批」ジュリ991号（1991年）140頁、中野俊一郎「判批」民商111巻1号（1994年）170頁等。

38) 北坂尚洋「監護権者等の変更申立事件の国際裁判管轄」民商142巻2号（2010年）115頁、119頁参照。

(1) 子の不法な連れ去りの防止と国際裁判管轄

この場合、2つの考え方がある。1つは、子が両親間の争いの結果として不法に国境を越えて連れ去られ又は留置されること自体が、子の利益を大きく害するのであり、これを極力抑止することが子の利益に資するという、ハーグ子奪取条約の基礎にある考え方を、子の監護に関する紛争解決に共通するものとしてとらえる考え方である³⁹⁾。これによれば、子の奪取という不当な手段によって管轄を作出するという、フォーラムショッピングを助長するような管轄規定は避けるべきということになる。今1つは、子の親権・監護者の指定裁判は、子どもの監護養育に関わる形成処分であることから、実際に子どもが存在する国に管轄が認められるべきであるという考え方を貫く立場である。これによれば、ハーグ子奪取条約のような、子の物理的な返還によって管轄調整を図る国際協力システムを前提としない場合、日本に現に在住する未成年子について監護養育に係る処分が求められているのに、裁判所が管轄の欠如を根拠に何らの処分をしないままに却下し放置することは適当でないことから、家庭裁判所は、我が国の裁判管轄を認めたうえで、必要な調査と実質審理を行い、子の利益に最も適切と考えられる処分をすることになる⁴⁰⁾。将来危険にさらされるかもしれない不特定多数の子どもたちの利益よりも、今日の前にいる子どもたちの利益を優先するべきであるとする考え方であるといえよう。このことは、子の監護に関する裁判が国際的に競合している場合にもあてはまる。すなわち、外国で親権・監護権者の指定を含む手続が係属中に子連れて日本に帰国し、日本の家庭裁判所に親権・監護権者の指定を申し立てるという場合でも、申立ての時間的先後や日本における申立てまでの経緯ないし背景事情は考慮するとしても、裁判所は、日本における監護養育の状況の調査をしたうえで、子どもの幸福に最適と考える審判をするべきとされる⁴¹⁾。

39) このような考え方は、審判前の保全処分についてであるが、我が国の国内事案の審判例においても示されているところである。東京高決平成24年10月18日判時2164号55頁参照。

40) 渡辺・前掲論文(注8)76頁。織田・前掲判批(注23)9頁も同旨。

41) 前掲(注20)神戸家伊丹支審平成5年5月10日参照。

このような立場は、日本の家庭裁判所の後見的立場を重視し、いかなる理由であれ、今現在目の前に何らかの保護を必要としている子どもがいる限りは、裁判所は子の利益に最も適切な処分をするべきであり、日本に管轄がないことを理由に何らの処分をしないことは、家庭裁判所としての責務を果たしていないことに等しく、それは決して子の福祉や子の利益に資することにはならないという考えに基づいている。国際裁判管轄の場合には移送制度がないことから、とりあえずは常居所地国に返還することを至上命題とし、「原常居所地国の裁判管轄を無条件に押し付ける結果となる」ハーグ子奪取条約の原則設定には無理があると指摘する論者は、子どもの奪取を克服すべき悪とする原則設定は、紛争解決に関する手続や法制度という条件を均質化できてはじめて可能な視点であるとする⁴²⁾。確かに、米国国内において、子の奪取の防止という共通理念のもとで、様々な法律が相互に関連して統一的な解決が図れているのは、各州で細かい手続や制度が異なるとはいえ、全体として統一のとれた均質なシステムがあってこそともいえるのであり、米国内での議論がそのまま日本の解釈論や立法論として通用するわけではないのは当然である。しかしそうであるからといって、不法な連れ去りや留置によって自己に有利な管轄や準拠法を取得できる状態にあることに目をつぶり、とりあえず日本の国際裁判管轄を認めてあとは本案の問題として処理するという考え方によると、子を連れ去られた親に応訴の負担を強いることにもなるし、当事者間の公平という観点からも許されないものであると考える。さらに、子が奪取されたこと自体が当該子に心理的負担を与えたとしても、子の監護権の帰属は監護養育の実質、すなわち今現在の子どもの状況を前提とした子の利益を基準として考えるべきであり、子の奪取をもって何らかの制裁として本案の結論を出すこと、換言すればそのような形で子の奪取を防止しようとするのは妥当ではない。

また、子の所在する国に管轄を認めるという考え方によると、子が日本から国外へ連れ去られた場合には、連れ去られた親は日本では何らの救済も得られ

42) 渡辺・前掲論文（注8）78頁。

ないことになってしまう。ハーグ子奪取条約に加盟すれば、それに基づく返還請求は可能である。しかし、連れ去られた国が加盟国ではなかった場合には、当該国の裁判所に救済を求めるしかすべはなくなるが、それは果たして妥当であろうか⁴³⁾。確かにこのような事案で、我が国の国際裁判管轄を認めて子を連れ去られた親を親権者とする裁判を下したとしても、その裁判が相手国の裁判と矛盾するものであれば、その効力は相手国では承認されず、結局は子どもを取り返すことは出来ないことになる可能性は高い。そうであるからこそ、最初の段階で奪取をさせないことが重要であるということに説得力が増すのであり、このような観点からも子の所在だけを基準にして裁判管轄を決める考え方にはやはり疑問が残る。

ただその場合、何をもって不法な連れ去りとするかについては、ハーグ子奪取条約に基づく返還手続の場合と同様に解する必要は、必ずしもないかもしれない。相手に黙って、あるいは裁判所の命令に背いて子を連れ帰ってきたような場合でも、例外的にはあるかもしれないが、子を日本に留めて親権・監護権に関する判断を日本の家庭裁判所が行うべきであると判断されることもあるかもしれない。その際に、外国人の立場からの裁判手続への不信感や不満をどこまで考慮するか、子どもを国外に連れ去ってでも裁判管轄地を移動させたいという連れ去り親の事情をどこまで考慮するかは難しい問題ではある。しかし、現実には日本国内に所在する子どもについて何らの処分もせずに放置するということが適当ではないのであれば、子どものそれまでの監護養育状態をふまえたうえで将来の適切な措置について判断を下せる（通常は常居所地）国の裁判所で何らかの処分が下されるまでの間という期限付きで、子の保護に必要な

43) マスコミの報道などでは、外国から日本への子の連れ去りばかりが目立っているが、日本から国外への子の連れ去りについての相談件数も、同程度あるとされている。大谷美紀子「子の監護をめぐる国際問題 家族の国際化と国際的対応の必要性」国際問題607号（2011年）5頁、15頁、及び具体的な数等詳細については、日本弁護士連合会「国際的な子の連れ去りに関するアンケート結果報告」（2011年9月）http://www.nichibenren.or.jp/library/ja/jfba_info/publication/data/2011child_abduction-enquete.pdfを参照。

限りで暫定的な処分をするために日本の国際裁判管轄を認めるという、UCCJEAやハーグ子の保護条約において設けられている暫定的な緊急管轄を認める余地はあるかもしれない⁴⁴⁾。ハーグ子奪取条約に基づく返還請求と監護権指定の審判事件とが併存するようなケースでは、とりあえず前者が優先されるが、その結論次第では、例えば常居所地国の裁判所が何らかの判断を示すまでの間の期間に限りて暫定的な命令を下す必要性があることも考えられるからである。

(2) 住所地の具体化

次に検討すべきは、住所地を具体的に規定するか、それとも具体的な規定は置かずに解釈にまかせるか、という問題である。前者の場合にはさらに、どのように具体化するかが問題となる。管轄の有無は法的安定性、予測可能性の要請から出来るだけ迅速かつ明確に判断できるものであるべきだが、他方で、事案ごとの特殊性を考慮し、妥当な解決を図ることも重要である。方法としては、UCCJEAの管轄規定のように、例えば6カ月という、管轄を認めるのに最低限必要な滞在期間を明記するという方法が妥当か、違法な手段によって作出された管轄は認めないということを明記するか、緊急管轄はどうするか等、検討しなければならない論点は少なくない。これら全てを、例えば「子の利益に必要な場合には」という抽象的な文言に含ませるという選択肢も考えられる。しかし、管轄の有無の判断に実体的判断を持ちこむべきではない。そのこ

44) ハーグ子の保護条約7条は、「1 子の違法な連れ去り又は留置の場合においては、他の国に子の常居所が確立され、かつ、以下の要件が満たされるまで、当該連れ去り又は留置の直前に子が常居所を有した締約国の機関が管轄権を保持する。 a 監護権を有する人、施設又は他の機関が、当該連れ去り又は留置を黙認した場合；又は、b 監護権を有する人、施設又は他の機関が、子の所在を知り、又は知り得た時から少なくとも1年間、子が他の国に居住し、その期間内に子の返還請求がなされることなく、子が新しい環境に馴染んだ場合」としている。また「3 第1項の機関が管轄権を保持する限り、子が連れ去られ、又は留置されている国の機関は、子の身上又は財産の保護に必要な第11条による緊急措置に限り、執ることができる」とし、連れ去られた子が所在する国の暫定的な管轄を認めている。ただし、そもそも日本法の下で、そのような暫定的な命令が許されるのかについては、さらに検討を要する問題である。

とは、既に離婚事件の国際裁判管轄についての昭和39年最高裁判決（最判昭和39年3月25日民集18巻3号486頁）の示した判断枠組みについて指摘されているところである。すなわち、被告の住所地原則の例外として、原告が遺棄された場合が挙げられているが、遺棄は、離婚訴訟の本案である離婚原因の一つでもあり、それを管轄の有無の判断で考慮することに対してはかねてより批判が多い⁴⁵⁾。同じように、子の監護権者の指定・変更事件の国際裁判管轄の有無を判断する際に、子の利益という、子の監護権の帰属を判断する際の基準を持ちこむことには注意が必要である⁴⁶⁾。住所地は出来るだけ形式的に認定できるようにし、個別の事案の特殊性を考慮するための規定は、それとは別に設けた方がよいと考える。

また、我が国の国際裁判管轄の規定を考える時には、外国との調和（我が国の裁判所の命令が他国で承認してもらえるようにすること、そして外国の裁判所の命令も出来るだけ尊重すること）も視野にいたしたルール作りが求められる。承認要件である間接管轄は、直接管轄の規定を基準として考えられるからである。

5 結びにかえて

ハーグ子の奪取条約に加盟することで、日本における子の監護をめぐる紛争処理システムは大きな変換を迫られることになるであろう。それは国際紛争にとどまらず国内紛争にも少なからず影響を与えるであろうし、子の返還・引渡し執行実務や、家庭裁判所におけるこれまでの紛争処理実務についても、大幅な意識改革が必要となろう⁴⁷⁾。これを契機として、子の監護をめぐる審判

45) 渡辺惺之「涉外離婚をめぐる若干の問題について(上)」判時1315号（1989年）164頁、165頁以下、石黒一憲「涉外事件における訴え提起」新堂幸司・谷口安平編『講座民事訴訟②』（弘文堂、1984年）27頁、40頁以下、松岡博『国際家族法の理論』（大阪大学出版会、2002年）183頁他参照。

46) 米国においても、かつてUCCJAのもとで用いられていた「最善の利益」の文言は削除された。このような文言は、管轄の問題と本案である監護権の判断とを混同させることになるし、管轄の有無を判断する際には必ずしも必要ではないからである。

事件の国際裁判管轄の規律のあり方を含め、統一のかつ各国との調和的な視点からのさらなる検討をするべきである⁴⁸⁾。

47) ハーグ子の奪取条約システムと従来の我が国の執行実務や家裁実務との適合性に疑問を示すものとして、渡辺・前掲論文（注8）77頁以下参照。

48) この他にも、親権制度や面会交流のあり方、ハーグ子奪取条約が適用される事案を中心としたADRの活用等をめぐっても、今後活発な議論が展開されることが期待される。